

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Marchés publics d'informatique et concurrence (2me partie). Réflexions en marge de l'arrêt du 5 décembre 1989 de la C.J.C.E. (Commission c. République d'Italie.)

Montero, Etienne

Published in:

Droit de l'Informatique et des Télécoms

Publication date:

1992

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 1992, 'Marchés publics d'informatique et concurrence (2me partie). Réflexions en marge de l'arrêt du 5 décembre 1989 de la C.J.C.E. (Commission c. République d'Italie.)', *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, Numéro 3, p. 63-69.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

or models are tested. A type of outline approval may be awarded before major capital expenditure is incurred on production processes, so long as the final apparatus does not radically depart from the original model.

There is a procedure for brand name apparatus which is the same as that already tested apart from the brand name. A special form is required.

5. Factory Inspection

Once certified, in one of the above ways, any apparatus must be manufactured at sites accepted by BABT which are periodically checked to ensure:

(a) the manufactured apparatus is, or can be expected to be, identical to the sample submitted within the tolerances of the manufacturing process;

(b) that the manufacturer's staff production facilities and quality assurance procedures are able to ensure that all apparatus will conform to the relevant standards, particularly with regard to safety and network integrity;

and

(c) that no modification can be made to an approved apparatus until they have been authorised by BABT, either directly or through an Approvals Liaison Engineer who is nominated by the applicant but works for BABT and must be accepted by them.

The Approvals Liaison Engineer (ALE) also has a role in approving design changes and sanctioning the use of alternative components. Also, general quality assurance tests are carried out based on those in BS.5750: Part 2: 1987 (ISO.9002: 1987) quality systems-model for quality assurance in production and installation.

6. Certification and Recommendation for Approval

The Board of Management has the power to certify apparatus and to licence BABT's assessment, though this is usually delegated to the Director of BABT in consultation with the "Certification Committee". When the Director is satisfied that the applicant, apparatus and production arrangements meet all the relevant requirements and all relevant fees have been paid, the applicant will be issued with a licence certificate which authorises the use of the BABT logo (see above). When the Certificate is issued, BABT will recommend that the Director General of Telecommunications gives approval in respect of this so certified

apparatus. This approval is usually conditional on certain criteria:

- (a) the apparatus is certified by BABT;
- (b) that the apparatus is manufactured only at the premises notified by BABT;
- (c) that the apparatus is connected to the specified networks by specified means.

All approvals are kept in a public register monitored by OfTel. Cancellation of this approval may be made by:

- (a) the holder, not less than one month before the expiry date of the licence;
- (b) by BABT due to unauthorised use of the BABT logo; due to the holder going bankrupt; if the holder defaults in payment of fees; or where the holder has produced apparatus different from that authorised in the licence.

7. Monitoring - Ensuring Continuing Compliance

The main way in which this is done is by periodic inspection at production sites as explained above.

More important is the problem of changes/modifications which may affect compliance which needs to be authorised by either the ALE or by a BABT accredited laboratory.

Where a standard is amended, for example the BSI standard, the Certification Committee will review the changes, particularly those affecting safety and network compatibility, and decide whether or not apparatus already certified should be modified to comply with the new standards. If some modification is required, the Committee will define that the period of notice to be given by BABT to the relevant licence certificate holders before samples of their modified apparatus must be re-submitted for testing. Any matter which cannot be resolved by the Certification Committee will be referred to the Board of Management for their final decision. All new submissions for approval, including those in hand, must comply with the new standard.

8. EEC Considerations

The system described above is designed to be compatible with the de-regulation emphasis spurred by changes in UK domestic law. It should also be regarded with respect to general European de-regulation; part of the philosophy of the legislation designed to create the "single market". However, many difficulties have ensued particularly with cross-border approval processes following the second phase of the EEC Directive on

Mutual Recognition and Type Approval which was formally adopted in late April and which takes effect in November 1992. The philosophy of the Directive is that a product which secures approval in one Member State by being tested against a common European telecommunications standard or Norme Européenne de Télécommunications ("NET") automatically acquires approval in all other Member States as well.

However, there are significant variations in the technical specifications of analogue telephone networks across Europe which the NET has attempted to circumvent by including separate sections for each country, the theory being that if a product meets all the requirements, it should be suitable for every country. This has resulted in complicated and lengthy documents and major disputes as to whether a particular product meets local network requirements. For example, the implementation of the Type Approval Directive should mean that a UK manufactured product which is deemed by BABT to meet the attachment requirements for Germany should automatically be approved in Germany, but the German standards-making body might object that the product is not, in fact, suitable for attachment. This type of dispute may well involve a lengthy arbitration procedure.

It is thought, however, that the new integrated digital services are themselves standardised with would make it easier to adopt common regulations. This is not likely to arise for some time and many believe that greater effort should be made to simplify NET's for attached apparatus. In any case, the Financial Times claims "large manufacturers already know how to modify their equipment to meet approval from different national standards... and see the EEC initiative as a benefit to smaller manufacturers". On a different note, some believe that simplification of approval procedures will benefit non-European suppliers such as Japanese suppliers, resulting in easier penetration of European markets, and thus are not keen to follow the Directive.

Richard TREVILLION

Lovell White Durant

(1) *Financial Times* - "Telecom Markets: Etsi Attempts to get to Grips with IPR's and BSTN Standardisation" - 27th June 1991.

(2) *Financial Times Business Reports*.

(3) BABT - "A Guide for Applicants" - January 1990.

(4) *The Telecommunications Act 1984* - HMSO.

- (5) *OfTel Press Notice* - 6th December 1991.
- (6) *OfTel Press Notice* - 10th September 1990.
- (7) *OfTel Press Notice* - 28th September 1990.
- (8) *Telecoms User Handbook*.
- (9) *Department for Enterprise Press Notice* - 10th September 1990.

Marchés publics d'informatique et concurrence

Réflexions en marge de l'arrêt du 5 décembre 1989 de la Cour de justice des Communautés européennes (Commission c. République d'Italie)

(suite de l'article publié dans le n° 92-1)

12. La Commission reproche encore à l'Etat Italien la méconnaissance des prescriptions de la directive 77/62 en ce qui concerne l'acquisition par l'administration des systèmes informatiques. Il est fait grief au défendeur de ne pas avoir observé les procédures de passation prévues par la directive et de ne pas avoir rempli les obligations prévues par l'article 9 de la directive qui impose une publicité à l'échelon communautaire, moyennant la publication d'un avis d'information dans le Supplément au Journal Officiel des Communautés européennes.

Ces griefs ont été accueillis par la Cour, qui a donc bien dû admettre en amont l'applicabilité aux marchés en cause de la directive 77/62 du 21 décembre 1976. A cet endroit, nous ne partageons pas entièrement l'analyse qui est faite par la Cour.

La double question sous-jacente est, nous semble-t-il, d'une part, celle du champ d'application ratione materiae de la directive 77/62 et, d'autre part, celle de son champ d'application ratione summae.

La directive 77/62, rappelons-le, concerne exclusivement les marchés publics de fournitures. Aux termes de l'article 1er, a) de la directive, par marchés de fournitures, il faut entendre "les contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un fournisseur (personne physique ou morale) d'une part et, d'autre part, un des pouvoirs adjudicateurs définis sous b) et portant sur la livraison des produits. Cette livraison peut comporter, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation" (12).

Ainsi, pour conclure à l'inapplicabilité de la directive, le gouvernement italien objecte qu'un système informatique comporte, outre

l'acquisition de matériel, la création de logiciels, la planification, l'installation, la maintenance, la mise en œuvre du système sur le plan technique et parfois sa gestion. L'interdépendance de ces activités exigerait, de l'avis du défendeur, que l'entière responsabilité de la réalisation des systèmes informatiques soit attribuée à une seule société. Le gouvernement italien en conclut que la directive serait inapplicable "compte tenu du fait que le matériel est un élément accessoire dans la réalisation d'un système informatique". En effet, toujours selon l'Etat italien, la notion de marché public de fournitures ne concerne que les contrats portant à titre principal sur la livraison de produits (13).

En réalité, c'est la question de la qualification de ces contrats complexes qui se pose, question d'autant plus ardue qu'est incertaine et floue la frontière qui départage les marchés de fournitures des marchés de services. L'enjeu est grand puisque : si le marché doit être qualifié de marché de fournitures, la directive (et les obligations qu'elle met à charge des pouvoirs adjudicateurs) lui est applicable ; si, par contre, il s'agit d'un marché de services, bon nombre de "contraintes" disparaissent, étant donné qu'aucune directive "services" n'a été adoptée à ce jour au niveau des instances européennes.

La Cour nous paraît aller vite en besogne dans le traitement de cette question délicate. Son raisonnement est le suivant :

"L'acquisition de l'équipement nécessaire à la réalisation d'un système informatique est dissociable des activités relatives à la conception et à la gestion de celui-ci. En effet, le gouvernement italien aurait pu s'adresser à des sociétés spécialisées dans l'établissement de logiciels pour la conception des systèmes informatiques en cause et, en respectant la directive, acquérir l'équipement matériel conforme aux spécifications techniques définies par ces sociétés".

Si la solution est ingénieuse, elle risque cependant de poser problème sur le plan juridique, sans compter qu'elle n'est pas parfaitement satisfaisante sur le plan technique.

Examinons tout d'abord le point de vue juridique. La Cour propose en fait de scinder le marché en deux marchés distincts : un marché portant sur l'acquisition des équipements et qui serait soumis à la directive "fournitures" (obligation d'une publicité au JOCE, obligation d'utiliser les procédures de passation existantes, etc.) et un second marché de services ayant pour objet la conception du système, le développement des logiciels ...

Cette solution comporte certaines limites dans la mesure où, selon la législation européenne elle-même, le fractionnement délibéré du marché en vue de se trouver sous le seuil financier d'application et de se soustraire ainsi à l'application des directives est strictement interdit. La récente directive du 22 mars 1988 énonce à ce propos un ensemble de règles dissuasives (v. article 6 de la directive ; v. aussi l'article 2 de l'arrêté royal du 8 décembre 1988 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de fournitures).

Autrement dit, la systématisation de la méthodologie préconisée par la Cour pourrait conduire, dans certains cas, à échapper au champ d'application rationnel des directives (14). Force est donc de constater que la solution est impraticable chaque fois que le fractionnement a pour conséquence que la valeur du marché d'acquisition des équipements est inférieure au seuil d'application de la directive "fournitures" (15).

D'autre part, en proposant d'acquérir l'équipement conforme aux spécifications techniques définies par les sociétés chargées de la conception des systèmes, la Cour incite pour ainsi dire à recourir à des spécifications techniques à effet discriminatoire. Or de telles spécifications sont formellement prohibées par l'article 7, paragraphe 2 de la directive du 21 décembre 1976 (16).

Lorsqu'on acquiert une solution informatique (hardware et software), et à défaut de n'avoir qu'un seul fournisseur, il est difficile de procéder autrement que par référence à certains standards bien précis. Il est, en effet, indispensable de veiller à la compatibilité des différents éléments du système. S'il est possible de les "acquérir séparément" (17), il nous semble plus contestable de devoir alors se résoudre à l'interdiction "de mentionner au cahier spécial des charges des spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des produits particuliers qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises".

En outre, dans la pratique, la solution adoptée par la Cour risque de poser problème étant donné la réticence des sociétés informatiques à rendre publiques les normes techniques. La politique de certaines firmes consiste notamment à ne pas divulguer aux concurrents les modifications faisant partie de l'architecture existante des systèmes d'ordinateurs avant leur livraison, plaçant ainsi dans une situation désavantageuse les

fabricants d'équipements compatibles avec les machines des premiers (18).

Nous doutons donc que la solution de la Cour ait valeur de principe de sorte qu'elle puisse faire jurisprudence ; d'autant plus qu'elle est techniquement problématique. En effet, en cas de pannes ou de dysfonctionnements du système (dus par exemple à des problèmes d'incompatibilité), la détermination des responsabilités est plus délicate lorsqu'il y a pluralité de fournisseurs (19).

La Cour se montre en fait soucieuse de contribuer à la suppression des obstacles à une véritable ouverture des commandes publiques à la concurrence européenne. En ce sens, les dispositions italiennes sont déclarées contraires non seulement aux articles 52 et 59 du Traité de Rome - ce qui s'entend fort bien - mais aussi à la directive 77/62 - ce qui est plus délicat à établir. Conformément à sa ligne jurisprudentielle, la Cour a cependant opté pour une interprétation extensive et une application décidée des directives en vigueur, dont les insuffisances et l'inefficacité n'ont pas manqué d'être soulignées (20). Les pouvoirs adjudicateurs ont intérêt à en tenir compte avant de décider de qualifier leur marché informatique de marché de services, aux fins ou avec l'effet d'échapper à la réglementation européenne.

13. Le gouvernement italien fait valoir également que les activités confiées aux sociétés spécialisées choisies pour la réalisation des systèmes informatiques en cause constituent l'exercice d'une activité de service public (21). Les conventions conclues entre l'Etat et ces sociétés seraient par conséquent exclues du domaine d'application de la directive en vertu de l'article 2, paragraphe 3. La Cour rejette cet argument au motif que "les fournitures d'équipements nécessaires à la réalisation d'un système informatique ainsi que la conception et la gestion de celui-ci permettent à l'administration de réaliser la mission qui lui est confiée sans constituer elles-mêmes un service public".

Cette prise de position du juge communautaire appelle quelques commentaires.

Il semblerait, à suivre la Cour sur ce point, qu'elle tente de récuser la possibilité pour les pouvoirs politiques nationaux d'ériger n'importe quelle tâche en service public, avec la conséquence d'échapper au domaine d'application des directives communautaires "marchés publics".

Reprenons succinctement les éléments essentiels du problème. En droit interne, rien ne paraît s'opposer à ce qu'un pouvoir public

mette en place une entreprise publique (22) investie d'une mission de service public. Encore convient-il alors de s'interroger sur la nature des relations juridiques nouées entre l'un et l'autre. Quelle est en définitive la nature des "conventions" conclues entre deux personnes publiques ? S'agit-il de simples accords dépourvus de toute forme de publicité et mise en concurrence ou ces "conventions" sont-elles de véritables marchés ? La question est importante car s'il y a marché public, l'ensemble de la réglementation des marchés publics est d'application, ainsi que les directives communautaires adoptées en la matière (23).

Il n'est pas de notre propos, dans le cadre limité de cette note, de vider cette question particulièrement délicate et controversée. Plus modestement, notre dessein est de faire apparaître la fermeté et l'originalité de la position de la Cour européenne en la matière.

Elle est proche, il est vrai, de l'opinion défendue par certains auteurs. "En fait", écrit le professeur Flamme, "toute personne publique est libre d'exercer une activité entrant dans son objet social en règle (24), sans obligation de se procurer auprès de tiers les biens et services qui lui sont nécessaires". Et de commenter là-dessus "... ne serait-ce pas une sorte d'exploitation en règle pour une personne publique que de demander le concours d'une autre personne publique, après avoir en quelque sorte éliminé a priori tout recours au secteur privé et donc exclu tout "marché public" ?" (24) (26) Mais il faut nuancer aussitôt cette analyse par une double considération (a) (b).

(a) Si effectivement l'exercice d'une activité en règle exclut tout "marché", c'est - semble-t-il - à condition que les relations économiques ainsi réalisées se nouent entre des services non personnalisés au sein d'une seule et même personne publique (27). Tel serait un des enseignements à tirer du célèbre arrêt rendu le 2 décembre 1981 par le Conseil d'Etat dans l'affaire qui opposait la Fédération nationale des entrepreneurs routiers à l'intercommunale liégeoise de voirie (28). Sans revenir sur les faits de la cause (29), nous retenons de cet arrêt qu'il remet en cause l'opinion jusqu'alors défendue par le Conseil d'Etat, selon laquelle les conventions conclues entre deux personnes publiques ne sont pas des marchés publics (30).

(b) Ne sont pas des marchés, les conventions par lesquels un pouvoir public confie à une personne publique distincte de l'autorité qui l'a créée et dotée de la personnalité juridique une mission publique par nature et

qui par conséquent échappe nécessairement à toute mise en concurrence (31). Par contre, lorsque les prestations concernées (travaux, fournitures, services) sont susceptibles d'être procurées aussi bien par le secteur privé que par le secteur public, dans un domaine livré à la concurrence, il semble que les conventions conclues entre personnes publiques soient alors des "marchés".

Autrement dit, il y aurait des tâches qui, par nature, constituent des services publics tandis que d'autres ne mériteraient pas cette appellation.

L'accent est mis sur l'activité concernée, ce qui n'est pas sans faire songer à la distinction entre service public organique et service public fonctionnel (32). Or pendant longtemps, la doctrine a associé les notions de "service public" et "puissance publique". Seul existait en somme le service public organique : institutions de droit public qui, dans un régime de puissance publique, n'exerçaient par hypothèse que des missions d'intérêt général. Le couple "service public-puissance publique" a connu, faut-il le dire, bien des déboires (33) et se trouve aujourd'hui franchement menacé. Le concept de "service public fonctionnel" tend à s'imposer, ... et le binôme classique à se disloquer. Il est reconnu qu'un service public organique peut exercer des activités à caractère concurrentiel, n'étant pas à considérer comme assimilables à des missions de service public. Cette distinction entre activités de service public et activités concurrentielles est l'une des clés de voûte de la nouvelle loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (34). Cette dernière paraît donc bien consacrer la notion de service public fonctionnel, et en ce sens, elle peut être vue comme "rompant avec une longue tradition de la doctrine juridique, qui qualifiait d'office de service public toutes les activités exercées par des institutions de droit public" (35).

Il faut remarquer qu'au niveau national, si un contrôle juridictionnel est théoriquement possible, il faut reconnaître qu'il est enserré dans des limites très étroites.

Plusieurs situations peuvent se présenter et donnent ouverture à des recours différents.

Un acte administratif pris par un Exécutif peut être à la base d'une "mesure interventionniste" (36). Il appartient, dans cette hypothèse, à l'administration d'apprécier l'intérêt économique général et de décider en conséquence, de manière discrétionnaire, les interventions qu'impose le besoin de le satisfaire.

L'intérêt général est donc le critère qui détermine les conditions et la mesure dans lesquels les interventions économiques des pouvoirs publics sont légitimes (37). Face à ce pouvoir discrétionnaire de l'administration, le juge administratif n'est cependant pas totalement désarmé (38) : il vérifie, dans le cadre du contrôle de légalité des actes administratifs, si l'administration applique correctement les notions d'intérêt général, d'utilité publique ...

Il faut toutefois souligner le fait que la notion d'intérêt général est peu précise et tend constamment à s'élargir. Même lorsqu'une loi fonde les pouvoirs publics à intervenir dans un certain but, celui-ci est souvent défini d'une manière floue. C'est dire l'étroitesse du pouvoir d'intervention du juge.

D'autre part, le législateur lui-même peut être directement à la base d'une mesure interventionniste organisant un "monopole" (39). Tout recours au juge national risque dans ce cas aussi d'être inefficace. En effet, le juge laisse d'ordinaire au législateur le soin d'apprécier de manière souveraine à partir de quand il y a service public. Cela signifie qu'en droit belge, il n'y a pas de tâches qui, par nature, sont des services publics tandis que d'autres seraient de type concurrentiel. Dans l'ordre interne, le fait d'ériger une activité en service public est, en pratique, toujours le résultat d'une décision politique.

Il est donc remarquable de constater que la Cour de Justice des Communautés européennes ne l'entend pas de cette manière et s'autorise à contester le cas échéant le caractère de service public de certaines tâches. D'où l'intérêt des recours existants à l'échelon européen : l'arrêt du 5 décembre 1989 en est une éloquente illustration.

D'ailleurs, dans la mesure où aucun monopole n'existe réellement dans les textes mais qu'il est ressenti dans les faits qu'une entreprise publique exerce une concurrence déloyale (violation du principe de spécialité (40), abus de position dominante ...), le droit communautaire peut être d'un précieux secours, également devant les juges nationaux (41).

En outre, notons que si une affaire similaire à celle que nous commentons devait être portée devant la Cour de Justice des Communautés, le principe aux termes duquel la fourniture de services informatiques n'est pas un service public, serait à rapprocher de l'article 90, du traité de Rome. Selon cette disposition, les règles de concurrence établies par le traité CEE s'appliquent aux entreprises chargées de la gestion de servi-

ces d'intérêt économique général tant que l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie (Cf. article 90, 1 et 2). Or, il ressort de l'arrêt Sacchi (42) que "c'est à l'entreprise publique en cause de démontrer que l'observation des règles de concurrence est incompatible avec sa mission" et que "même dans le cadre de l'article 90, les interdictions des articles 85 et 86 ont un effet direct et engendrent pour les justiciables des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder" (43). Autrement dit, la position adoptée par la Cour en la matière de l'informatisation des administrations publiques pourrait encore rebondir et alimenter d'autres voies d'action, fondées sur les articles 85, 86 ou 90 du Traité. Ces actions sont du reste, dans l'ordre du possible, l'informatique publique faisant l'objet de vives critiques dans divers pays.

Cela étant, en l'espèce compte tenu des circonstances propres à celle-ci, la Commission s'y est pris autrement, fondant son recours sur la violation des articles 52 et 59 du traité CEE et de la directive 77/62 du 21 décembre 1976.

14. Le dispositif de l'arrêt est sans appel : "En réservant aux seules sociétés dans lesquelles l'Etat ou le secteur public détient, de façon directe ou indirecte, une participation majoritaire ou totale, la possibilité de conclure des conventions relatives à la réalisation de systèmes informatiques pour le compte de l'administration publique, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 52 et 59 du Traité CEE ainsi que de la directive 77/62 du Conseil, du 21 décembre 1976".

15. En conclusion, cette affaire présente de nombreuses analogies avec la situation de l'informatique publique telle qu'elle se présente en Belgique et dans d'autres Etats membres de la CEE. Les conditions dans lesquelles se réalise l'informatisation de certaines administrations publiques pourraient donc bien être concernées par cette jurisprudence communautaire. Il n'est dès lors pas exclu que le droit communautaire joue un rôle catalyseur et serve, via ses règles et critères propres, à stigmatiser des violations des principes de concurrence ou d'égalité produites à l'intérieur d'un Etat membre.

Etienne MONTERO

Assistant au Centre de Recherches
Informatique et Droit (CRID)
Faculté Universitaires
Notre-Dame de la Paix (Namur)

(12) Notons que, par l'adoption de la directive du 22 mars 1988, cette définition a été élargie afin de mettre la législation communautaire en concordance avec le protocole du 2 février 1987 approuvé par le Conseil des Ministres des Communautés européennes le 16 novembre 1987, portant modification de l'accord du GATT relatif aux marchés publics. Ainsi, aux termes de l'article 2 de la directive du 22 mars 1988, "les marchés publics de fournitures sont des contrats conclus par écrit à titre onéreux ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits entre un fournisseur (personne physique ou morale), d'une part, et, d'autre part un des pouvoirs adjudicateurs définis au point b). La livraison des produits peut comporter, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation".

(13) Dans son arrêt du 22 septembre 1988, Commission contre Irlande, 45/87, la Cour a écarté l'argument du gouvernement irlandais selon lequel devrait échapper à l'interdiction de l'article 30, les importations de marchandises même accessoires, effectuées dans le cadre de marchés publics de travaux. La Cour a expressément déclaré que : "Le fait qu'un marché public de travaux concerne la prestation de services ne peut donc avoir pour conséquence de soustraire aux interdictions de l'article 30 une limitation des matériaux à utiliser. Inscrite dans un avis d'appel d'offres".

De l'avis de l'avocat général, cet argument est applicable en l'espèce, en ce sens que le fait qu'une livraison de marchandises s'insère dans le cadre d'activités exercées au titre soit de l'article 52, soit de l'article 59 du Traité ne permet pas de soustraire ces marchandises aux interdictions de l'article 30. A notre avis, cette analyse est incontestable s'agissant de dispositions du traité de Rome, mais est à distinguer de la question de savoir si la directive "marchés publics de fournitures" est applicable en l'espèce.

(14) Notons cependant que ce ne serait pas facile à démontrer.

(15) D'autant plus qu'il n'y a pas lieu d'exclure a priori que, dans certains cas, un tel marché d'acquisition de systèmes informatiques puisse être globalement qualifié de marché de fournitures. Ainsi, il n'est pas rare que les contrats informatiques "clés en main" soient qualifiés de vente (Cf. P. et Y. Pouillet, "Les contrats informatiques. Réflexions sur 10 ans de jurisprudence belge et française", J.T., 1982, p. 4, n° 9 et l'analyse faite par G. Viney, "La responsabilité des entreprises prestataires de conseils", JCP, 1975, I, 2750, n° 38). Le raisonnement qui préside à une telle qualification dans le domaine des contrats privés est aisément transposable aux marchés publics, donnant lieu à la qualification

de marché de fournitures.

(16) V. aussi l'article 4 § 2 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 et la circulaire du Premier Ministre du 27 novembre 1980 (Mon. B., 18 novembre 1980, p. 13083) concernant l'interdiction de mentionner dans le cahier spécial des charges des spécifications techniques limitant ou excluant la concurrence.

(17) La Cour est d'accord avec le gouvernement italien pour estimer que "le matériel et le logiciel, précédés de la nécessaire conception du système, sont des éléments indispensables et indissociables aux fins de la réalisation d'un système informatique", mais, selon la Cour, cela ne signifie pas qu'il soit impossible de les acquérir séparément.

(18) V. l'arrêt du 11 novembre 1981. IBM/Commission, 60/81. Rec., 1981, p. 2639.

(19) Pour un exposé des inconvénients et dangers suscités par la multiplicité de prestataires, et sur certaines solutions proposées pour y remédier, v. M. Coipel et Y. Pouillet, "Introduction aux concepts juridiques" in "Le droit des contrats informatiques". Principes - Applications. Précis de la Faculté de Droit de Namur, 4, 1983, p. 29-53, spécialement p. 41 à 53.

(20) V. notamment M.A. et Ph. Flamme, "Vers l'Europe des marchés publics ? (A propos de la directive "fournitures du 22 mars 1988", RMC, n° 320, 1988, p. 455-479).

(21) L'Etat italien a fait valoir l'argument selon lequel, à travers la réalisation des systèmes informatiques, il poursuit des buts qui ne sont pas uniquement économiques, mais qui concernent aussi l'intérêt public : la lutte contre l'évasion fiscale et la criminalité organisée (ministère des finances), le contrôle de l'utilisation des crédits du "fondo nazionale", les actions thérapeutiques en matière de toxicomanie et la répression des fraudes dans le domaine pharmaceutique (ministère de la santé), et la répression des fraudes en matière agricole (ministère de l'agriculture). Il s'agit là, d'après l'Etat italien, d'exigences de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique que l'Etat doit protéger (Cf. Rapport d'audience présenté dans l'affaire C-3/88, Commission c. République italienne).

(22) Nous utilisons ce terme conformément à la définition qu'en a donnée l'OCDE, suivant laquelle il faut entendre par entreprises publiques les organismes exerçant une activité commerciale et économique dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent une participation décisive (50 % et plus) et/ou ceux qui sont contrôlés par le secteur public par le jeu notamment des nominations ou l'existence de commissaires du gouvernement. V. également la thèse de D. DEOM, Le statut juridique des entreprises publiques. Story-Scientia, Bruxelles, 1990.

(23) Notons que la question est résolue si un "contrat de gestion" (concession) a été conclu entre le pouvoir public et son partenaire privé. Un tel contrat échappe à la réglementation sur les marchés publics ainsi qu'en a décidé le Conseil d'Etat (cf. l'arrêt n° 11.262 du 28 mai 1965, RAACE, 1965, p. 534). Il s'agissait en l'espèce de la concession de la distribution de l'énergie électrique pour le territoire de la ville d'Anvers. Dans le domaine de l'informatique publique, comme exemple de "contrat de gestion", on songe aux conventions passées entre le Registre national ou les centres régionaux d'informatique et les communes pour l'exécution de certains travaux informatiques.

(24) Un service public est exploité en règle lorsque l'autorité administrative concernée en assure elle-même le fonctionnement avec son personnel et au moyen de ses propres biens.

(25) Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics. Confédération nationale de la construction, Bruxelles, 1986, p. 105, n° 2.5.

(26) M. P.-J. Delahaut va même plus loin "n'imaginant pas qu'une personne publique recourt, pour ses besoins, à un autre agent que celui que la collectivité publique a justement créé ou agréé à cette fin" ("La notion d'égalité dans les marchés publics", A.P.T., 1981, p. 184; Cf. aussi J.-P. Hainaut, "Les Intercommunales et le régime juridique des modes de passation des marchés de travaux", Mouv. comm., 1961, p. 58-62).

(27) Cf. M.-A. Flamme, Traité des marchés publics, n° 126.

(28) L'arrêt est d'autant plus significatif qu'il a été rendu sur avis contraire du Ministère public et qu'il rompt avec une jurisprudence antérieure (Cf. CE, 19 avril 1956, n° 5972, RJDA, 1957, p. 22; 18 janvier 1963, n° 9817, Rec., p. 44; 16 mai 1975, n° 17.013, Rec., p. 421; sur cette jurisprudence, voy. aussi : M.-A. Flamme "Du contrôle de la passation des marchés de travaux publics par les communes et de l'incidence du socialisme municipal sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie", RJDA, 1959, p. 266).

(29) Cet arrêt a fait l'objet de plusieurs commentaires : Ph. Quertainmont, "La concurrence du secteur public aux entreprises privées", APT, 2-3/1982, p. 149 et s., n° 71 et s.; P.-J. Delahaut, note (critique) sous CE, 2 décembre 1981, APT, 1983, p. 79-90.

(30) Etant d'authentiques marchés, ces "conventions" sont dès lors soumises aux réglementations belge et communautaire des marchés publics.

(31) Cf. Commentaire pratique, op. cit., p. 105, n° 25 : par exemple, par une convention du 26 mai 1965, l'Etat belge a confié à la STIB la direction générale de l'étude et de l'exécution

du réseau d'ouvrages d'infrastructure des transports urbains, de même que la passation des marchés pour compte et aux frais de l'Etat.

(32) Cf. notam. Ganshof von der Meersch, Conclusions précédant Cass., 22 octobre 1970, Pas., 1971, I, p. 144-167.

(33) Cf. notam. S. Regourd, "Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours", Rev. de droit public, 1987, p. 5 et s.; J.B. Geffroy "Service public et prérogatives de puissance publique. Réflexions sur les déboires d'un couple célèbre", Rev. de droit public, 1987, p. 49 et s.

(34) Mon. b., 27 mars 1991, p. 6155.

(35) D. Deom, "La réforme des entreprises publiques", L'Année de la consommation 1990, p. 155.

(36) Ainsi, par exemple, en Belgique, l'Exécutif de la Région wallonne a décidé de confier en exclusivité et pour une durée indéterminée l'entière responsabilité de l'infrastructure technique des outils informatiques de deux ministères - le ministère de la Rénovation Rurale, de la Conservation de la Nature et des Zonings Industriels et le ministère de l'Emploi - au GIEI. Il s'agit en réalité d'une association en participation regroupant plusieurs asbl au niveau régional. Voir la Convention passée entre la Région wallonne et le GIEI, signée le 28 juin 1989 à Namur.

(37) Cf. Ph. Quertainmont, Droit administratif de l'économie. L'interventionnisme économique public et les relations entre l'Etat et les entreprises, coll. A la rencontre du droit, Story-Scientia, Bruxelles, n° 41-42.

(38) M.-A. Flamme, "Le juge face à l'interventionnisme économique : un juge désarmé ?", APT, 1977-78, p. 178 et s.

(39) Songeons au cas de la SMALS où le législateur a pris la décision de donner à l'ONSS la possibilité de créer un service de mécanographie ou une société de droit privé et de lui octroyer la prise en charge de l'informatique des Institutions chargées de la sécurité sociale. En fait, sous les auspices du Comité de Coordination des Allocations Familiales fut créée une société de droit privé appelée alors "Allocations Familiales Société de Mécanographie". C'est la loi du 14 juillet 1961 (Mon. b., 12 août 1961), modifiant et complétant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, qui, dans son article 2, reconnaît la

faculté pour l'ONSS de créer un service de mécanographie et de le mettre à disposition de certains organismes. La loi du 27 juin 1969 (Mon. b., 25 juillet 1969) confirme cette possibilité pour l'ONSS de créer un tel service. Enfin, l'arrêté royal n° 532 du 31 mars 1987 (Mon. b., 16 avril 1987) élargit à tous les établissements de la sécurité sociale la possibilité de s'associer pour l'exécution de travaux mécanographiques et informatiques. En tant que personne morale de droit privé, la SMALS agit dans la vie juridique comme l'égal d'autres personnes physiques ou morales, également en ce qui concerne ses relations avec les pouvoirs publics. Dans leurs relations avec la SMALS, les établissements de la sécurité sociale sont vraisemblablement soumis à la réglementation des marchés publics. Ils doivent donc faire appel à la concurrence et, outre la Société de mécanographie, consulter d'autres firmes. Cette solution semble en tout cas découler de l'arrêt de la Cour de justice du 5 décembre 1989.

(40) On peut imaginer que des entreprises privées introduisent un recours au Conseil d'Etat, fondé sur la violation du principe de spécialité des personnes morales pour faire échec à l'extension du champ d'activité de certaines entreprises publiques (Cf. Ph. Quertainmont, Droit administratif ..., n.44, qui cite cependant certaines décisions indiquant que la rigueur du principe de spécialité s'est progressivement atténuée en ce sens que la jurisprudence a parfois admis avec une certaine souplesse qu'une personne publique s'écarte de la mission stricte qui lui est impartie par les textes légaux). A titre d'exemple, imaginons, dans le contexte qui nous occupe, que, conformément à son objet social, une des sociétés "para-publics" (ayant en charge l'informatique publique, les prix offerts au secteur privé risqueraient en effet d'être inférieurs à ceux pratiqués par la concurrence.

(41) Compar. avec l'affaire tranchée par Trib. Comm. Bruxelles (action en cessation), 31 juillet 1986, Fédération des fabricants et installateurs agréés d'installations téléphoniques c. RTT, JTé, 1987, p. 345-350, note B. de Combrugghe.

(42) CJ CE, 30 avril 1974, 155/73, Rec., 1974, p. 409-447.

(43) Il est à noter qu'il appartient à la Commission de veiller à l'application de l'article 90 (v. article 90, 3).